



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2009

---

## **L'editio stipulationis: une explication de D.2,13,1,4 (Ulp. 4 ad ed.)**

Babusiaux, Ulrike

DOI: <https://doi.org/10.1163/004075809X403370>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-30174>

Journal Article

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2009). L'editio stipulationis: une explication de D.2,13,1,4 (Ulp. 4 ad ed.). Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, 77(1-2):23-41.

DOI: <https://doi.org/10.1163/004075809X403370>

Tirage à part

**TIJDSCHRIFT VOOR  
RECHTSGESCHIEDENIS**

**REVUE  
D'HISTOIRE DU DROIT**

**THE LEGAL HISTORY  
REVIEW**

OPRICHTERS

FONDATEURS

FOUNDED BY

A.S. DE BLÉCOURT – J. VAN KAN – J. VAN KUYK – E.M. MEIJERS

DAGELIJKSE REDACTIE

COMITÉ DE RÉDACTION

EDITORIAL COMMITTEE

R. FEENSTRA – J.J. HALLEBEEK – D. HEIRBAUT  
J. MONBALLYU – C.H. VAN RHEE – A.J.B. SIRKS  
L. WAELKENS – A. WIJFFELS – L.C. WINKEL

DEEL

TOME

VOLUME

**LXXVII  
2009**

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS  
LEIDEN / BOSTON

**TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS**  
**REVUE D'HISTOIRE DU DROIT**  
**THE LEGAL HISTORY REVIEW**

**Redactiesecretaris / Secrétaire de la rédaction / Editorial secretary**

Marguerite Duynstee  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid  
Afdeling Civiel Recht  
Postbus 9520  
2300 RA Leiden  
Nederland / Pays-Bas / The Netherlands  
m.c.i.m.duynstee@law.leidenuniv.nl

**Algemene Redactie / Direction / Editorial Board**

J.M.J. Chorus (Leiden), R. Feenstra (Leiden), P. Gerbenzon (Groningen), J.J. Hallebeek (Amsterdam [VU]), O. Moorman van Kappen (Nijmegen), C.H. van Rhee (Maastricht), A.J.B. Sirks (Oxford), J.Th. de Smidt (Leiden – Amsterdam), L.C. Winkel (Rotterdam), F.B.J. Wubbe (Fribourg / Suisse)

**en / et / and**

Ph. Godding (Louvain-la-Neuve), D. Heirbaut (Gent), J. Monballyu (Kortrijk – Brussel [HUB]), R.C. van Caenegem (Gent), L. Waelkens (Leuven), A. Wijffels (Louvain-la-Neuve – Leiden)

---

Het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis is een 'peer-reviewed' tijdschrift, dat in 1918 op initiatief van E.M. Meijers is opgericht door enkele Nederlandse juristen, die zich tot taak stelden in hun eigen land de wetenschappelijke belangstelling voor de rechtshistorie te stimuleren en tevens een middelpunt te scheppen voor een internationale samenwerking op dit gebied. Deze doelstelling is in de loop der jaren gerealiseerd. Reeds vóór 1940 was het Tijdschrift een van de leidende internationaal georiënteerde rechtshistorische periodieken geworden. Sinds het in 1950 onder een Belgisch-Nederlandse redactie is voortgezet, heeft het deze positie nog versterkt. Behalve aan de gemeenschappelijke grondslagen van de Westerse rechtstraditie wordt ook veel aandacht besteed aan de eigen, veelal afwijkende ontwikkeling van het nationale recht in de verschillende landen die tot deze traditie behoren of ermee verbonden zijn. Niet alleen de Oudheid en de Middeleeuwen maar ook de Nieuwe en Nieuwste Tijden komen aan de orde. Het Romeinse recht en zijn geschiedenis in later tijden alsmede het kanonieke recht hebben steeds een bijzondere plaats ingenomen; daarnaast echter ook de rechtsgeschiedenis van de Common Law landen.

---

La Revue d'Histoire du Droit, une revue "peer-reviewed", a été fondée en 1918, à l'initiative de E.M. Meijers, par quelques juristes néerlandais qui s'étaient proposé de stimuler, dans leur propre pays, l'intérêt scientifique pour l'histoire du droit et d'assurer une collaboration internationale en ce domaine. Cet objectif s'est réalisé progressivement. Avant 1940 déjà, la Revue était devenue l'un des périodiques les plus importants, sur le plan international, en matière d'histoire du droit; son rôle s'est encore accru depuis la reprise de sa publication en 1950 par un comité de rédaction belgo-néerlandais. En dehors des fondements communs de la tradition juridique d'Europe occidentale, la Revue s'attache à l'évolution, souvent diversifiée, du droit des pays qui se trouvent dans cette tradition; et cela pour toutes les périodes de l'histoire, de l'Antiquité à nos jours. Le droit romain et son évolution ultérieure, tout comme le droit canonique, ont toujours occupé une place de choix, sans que soit négligée pour autant l'histoire du droit des pays de Common Law.

---

The Legal History Review, a peer-reviewed journal inspired by E.M. Meijers, was founded in 1918 by a number of Dutch jurists, who set out to stimulate a scholarly interest in legal history in their own country and also to provide a centre for international cooperation in the subject. This has gradually through the years been achieved. The Review had already become one of the leading internationally known periodicals in the field before 1940. Since 1950 when it emerged under Belgo-Dutch editorship its position has strengthened. Much attention is paid not only to the common foundations of the western legal tradition but also to the special, frequently divergent development of national law in the various countries belonging to, or influenced by it. Modern and contemporary, as well as ancient and medieval history is considered. Roman law and its later development, as well as canon law, have always been particularly important; in addition the history of the English Common Law has been extensively studied.

## *L'editio stipulationis* Une explication de D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 *ad ed.*)

Ulrike Babusiaux\*, \*\*

### Summary

*The editio stipulationis, An interpretation of D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 ad ed.).* – The Praetor's edict is said to be vague. Its contents are often better understood in the light of the broader context of legal and factual circumstances. Thus, the significance of the edict's *editio stipulationis* may be explained by analyzing its legal context and the practice with respect to the *stipulatio*, both of which establish that the *stipulator* was bound to inform the other party to the contract. That obligation may explain other specific features of the rules which applied to a verbal contract, in particular as regards the *ambiguitas contra stipulatorem*. An offence against the edictal obligation '*totam stipulationem edere*' entailed that the *stipulator* would be worse off, but the sanction against him was not precisely stated. The very vague character of the edict may in this case have strengthened its effectiveness.

### Keywords

Praetor's edict, *stipulatio*, *editio*, *ambiguitas*

### Introduction

L'édit du préteur se caractérise par une brièveté audacieuse du point de vue d'un juriste moderne. C'est à Walter Selb que l'on doit l'explication de ce style particulier<sup>1</sup>. Ce dernier serait dû au caractère initial de l'édit, "programme de politique juridique", qui ne se serait constitué en norme que progressivement grâce au travail d'interprétation des juristes<sup>2</sup>. Face à ce laconisme extrême,

\* Universität des Saarlandes, Postfach 151150 D-66041 Saarbrücken, Germany; u.babusiaux@mx.uni-saarland.de.

\*\* L'article reprend et précise des idées développées dans une communication présentée à la SIHDA en 2007. Je tiens à remercier Madame Florence N'Diaye d'avoir bien voulu relire le texte du présent article.

<sup>1</sup> W. Selb, *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in: H.-P. Benöhr / K. Hackl / R. Knütel / A. Wacke (ed.), *Festgabe Kaser zum 80. Geburtstag*, 1986, p. 259–272.

<sup>2</sup> Selb, *Das prätorische Edikt* (*supra*, n. 1), p. 272: "Viel näher liegt m.E., daß zumindest in der frühen und mittleren Republik die juristische Beratung erst nach der politischen Beschlußfassung folgte, die rechtspolitischen Erklärungen zu Beginn seines Amtsjahres juristisch ähnlich

l'interprète moderne est souvent tenu de procéder par induction en établissant le contexte juridique et factuel de l'édit en question.

L'édit *de edendo*<sup>3</sup> constitue un bel exemple du caractère de programme de l'édit prétorien. En effet, quelques phrases d'apparence assez vagues suffisent à régler toutes les questions liées à la production des documents et à l'information préalable de l'adversaire sur les moyens de droit et de preuve. Un passage de cet édit, l'*editio stipulationis*, est resté jusqu'à ce jour peu éclairé. Il provient du commentaire de l'édit par Ulpien, qui constitue par ailleurs la source principale de la reconstruction de l'édit *de edendo*:

D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 *ad ed.*):

Edere non videtur qui stipulationem totam non edidit.

Cette brève formule laisse des questions en suspens. Elle implique que le destinataire de la réglementation connaisse la notion de *tota stipulatio* et ait une idée concrète de la sanction "*edere non videtur*". Nous allons approcher ces deux conceptions en analysant la terminologie relative à la "stipulation complète" (*tota stipulatio*) et à l'*editio* dans d'autres textes. Cette recherche permettra alors de compléter les indications succinctes du préteur.

## I. – Les applications de la locution *tota stipulatio* dans le Digeste

Les fragments du Digeste contenant la locution *tota stipulatio* englobent trois applications différentes.

Le premier champ d'application de la locution concerne les problèmes de validité suite à une stipulation (partielle) pour un tiers. Un exemple célèbre en est la controverse relative aux effets de la stipulation pour soi et pour autrui. La stipulation pour autrui ("*nemo alteri stipulari potest*") étant nulle<sup>4</sup>, les juristes classiques se sont demandés si la nullité entachait l'acte verbal dans son ensemble ou seulement en partie. Il suffit de rappeler les enseignements dans les institutions de Gaius:

Gai. 3,103:

Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. nostri praeceptores putant in uniuersum

unvollkommen formuliert waren wie manche der frühen Volksbeschlüsse und Senatus consulta. Mochten die Juristen später zusehen, wie sie dem politisch bestimmten Willen technisch-juristisch gerecht wurden".

<sup>3</sup> A. Bürge, *Zum Edikt de edendo, Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, ZRG rom., 112 (1995), p. 1-50.

<sup>4</sup> Sur cette maxime (et ses limites) v. seulement D. 50,17,73,4 (Q. Muc. Scaev. l. sing. ὁρῶν).

ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diuersae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera uero parte inutilem esse stipulationem<sup>5</sup>.

Gaius relate que des doutes sont apparus quant à la validité de la stipulation pour soi et pour autrui: "*in quantum valeat stipulatio*". Tandis que les Sabinien (*nostri praeceptores*) s'étaient prononcés en faveur de la validité de la stipulation complète (*in universum valere*), les Proculien (*diuersae scholae auctores*) étaient favorables à une division de la stipulation et ainsi à l'efficacité partielle de l'acte (*pro altera uero parte inutilem esse stipulationem*). La controverse connaît des facettes diverses dont les traces se trouvent encore dans le Digeste<sup>6</sup>. L'application la plus originale est peut-être la question examinée par Papinien relative à une stipulation faite envers un *servus communis* d'un certain Maevius et d'un pécule *castrense*. Si l'héritier du fils, à qui appartenait le pécule, n'a pas recueilli l'héritage avant la stipulation, seul l'héritier de Maevius sera habilité à faire valoir la stipulation. Elle lui appartiendra entièrement: *tota stipulatio quaeretur*<sup>7</sup>.

Le deuxième champ d'application de la locution concerne les causes d'extinction de la stipulation, comme le paiement (*solutio*), l'*acceptilatio* et la *litis contestatio*<sup>8</sup>. Les textes de ce groupe constatent que la cause d'extinction

<sup>5</sup> A propos de ce texte v. en dernier lieu A. Staffhorst, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, 2006, p. 49–54, notamment p. 50 n. 75.

<sup>6</sup> Voir notamment D. 45,1,141,7–8 (Gai. 2 *de verb. oblig.*): "7. Sed rursus mihi quidem pure aut Titio sub condicione stipulari possum. contra vero si mihi sub condicione aut Titio pure, inutilis erit tota stipulatio, nisi in meam personam condicio extiterit, scilicet quia, nisi quod ad me vim acceperit obligatio, adiectio nihil potest valere. hoc tamen ita demum tractari potest, si eviderenter apparet pure Titii persona adiecta: alioquin cum ita stipulor: 'si navis ex Africa venerit, mihi aut Titio dari spondes?'. Titii quoque persona sub eadem condicione adici videtur; 8. Ex hoc apparet, si diversa condicio in meam personam, diversa in Titii posita sit nec in meam personam extiterit condicio, totam stipulationem nullius momenti futuram: exstante vero mea condicione, si quidem Titii quoque condicio extiterit, poterit vel Titio solvi: si vero in illius persona defecerit, quasi non adiectus habebitur"; D. 45,3,11 (Ulp. 48 *ad Sab.*): "Sed si sibi aut primo aut secundo dominis suis stipulatus sit, et hic tantundem erit probandum, quod Iulianus, inutilem esse stipulationem. sed utrum adiectio inutilis est aut tota stipulatio utilis non est? puto adiectionem solam esse inutilem: eo enim quod ait 'mihi' omnibus adquisiit ex stipulatu actionem. an ergo in ceterorum persona solutio locum habeat exemplo extraneae personae? et puto vel solvi eis posse, quemadmodum cum ego mihi aut Titio stipuler. cur ergo cum primo aut secundo dominis stipulatio non constitit nec solutio est? illa ratio est, quia non invenimus, in cuius persona stipulatio constitit, in cuius solutio".

<sup>7</sup> D. 45,3,18pr. (Pap. 27 *quaest.*): "Si servus communis Maevii et castrensis peculii defuncto filio familias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur, socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur, quoniam partem non facit hereditas eius quae nondum est. non enim, si quis heredem existere filio familias dixerit, statim et hereditatem eius iam esse consequens erit, cum beneficium principalium constitutionum in eo locum habet, ut filius familias de peculo testari possit: quod privilegium cessat, priusquam testamentum aditione fuerit confirmatum".

<sup>8</sup> D. 45,2,2 (Iav. 3 *ex Plaut.*); D. 46,4,13,4 (Ulp. 50 *ad Sab.*); D. 12,7,3 (Iul. 8 *dig.*); D. 45,1,133 (Scaev. 13 *quaest.*); D. 2,14,27,6 (Paul. 3 *ad ed.*).

intervenue pour une partie de l'acte verbal rendra nul l'acte dans son ensemble (*tota stipulatio*).

En troisième lieu, il faut mentionner deux fragments du juriste sévérien Paul, qui traite de la portée d'un terme (*dies*) dans une stipulation bipartite. Le juriste souligne que le terme contenu dans la promesse conditionnelle ("*si ... diem non dederis*") s'étend à toute la stipulation, soit aussi à la stipulation pénale ("*poenam dari spondes*")<sup>9</sup>. Paul admet même que le terme exprimé dans la première partie de la stipulation vaut pour la deuxième partie, lorsque la condition ("*si ...*") est impossible, ce qui la rend nulle et non avenue. Cette dernière application de *tota stipulatio* est la plus remarquable, car elle implique que la deuxième partie d'une stipulation bipartite contienne un terme ou une condition, même si les *verba* n'en mentionnent pas. Il suffit ainsi que la première partie contienne un terme ou une condition et qu'elle soit, en même temps, la condition de la deuxième. Le contenu de la deuxième stipulation se révèle grâce au travail d'interprétation du juriste.

Relevons enfin que les juristes du Digeste utilisent la locution *tota stipulatio* pour établir un lien entre plusieurs promesses distinctes, mais contenues dans une même stipulation. Cette formule peut en effet désigner une stipulation faite en faveur de plusieurs bénéficiaires comprenant en conséquence autant de promesses que de personnes. Cette formule peut aussi englober plusieurs promesses qui se distinguent en fonction de leur contenu. La stipulation est alors divisible, soit selon les prestations promises soit en stipulation principale et stipulation pénale accessoire<sup>10</sup>. Il convient de souligner un trait commun

<sup>9</sup> D. 2,11,10,1 (Paul. 1 *ad Plaut.*): "Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris perit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur"; D. 45,1,8 (Paul. 2 *ad Sab.*): "In illa stipulatione: 'si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: 'si intra kalendas digito caelum non tetigerit', agi protinus potest. haec et Marcellus probat". Sur ces textes et leur contexte v. récemment A. Sicari, *Pena convenzionale e responsabilità*, 2001, p. 184-219.

<sup>10</sup> Dans cette dernière hypothèse intervient une autre problématique. Pour parler de plusieurs démembrements de la même prestation, encore faut-il que la prestation soit divisible. La divisibilité des stipulations et de leurs prestations occupe encore les juristes sévériens, Ulpien dans D. 45,1,72pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) et Paul dans D. 45,1,2,1 (Paul. 12 *ad Sab.*). Les deux juristes partent du principe qu'il y a deux sortes de stipulations (Ulpien) ou de prestations (Paul), les divisibles et les indivisibles. Leur explication de ce phénomène est analogue: Paul se fonde sur la nature de la prestation, tandis qu'Ulpien souligne que la division corrompt la stipulation (cf. aussi D. 8,1,11 (Mod. 6 *diff.*); D. 33,3,2 (Marcell. 13 *dig.*)) lorsqu'elle est indivisible et de ce fait contrainte à l'unité. Ne cachons pas qu'Ulpien – vraisemblablement pour les besoins de la pratique – esquisse une possibilité pour arriver à la divisibilité de l'action, alors que la stipulation elle-même ne se prête pas à division. Il convient de s'accorder sur une estimation (*aestimatio*) en argent, afin de déterminer la valeur de la prestation partielle, même si la prestation est par elle-même indivisible. Cette estimation ne permet pas de résoudre les problèmes de la stipulation indivisible, lorsque la prestation partiellement nulle n'a pas de

à toutes ces applications de la formule *tota stipulatio*. Comme le montre l'emploi synonyme de l'expression *tota obligatio*, ce terme doit se référer à l'acte juridique et non à l'acte probatoire<sup>11</sup>. La comparaison entre D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 *ad ed.*) et les autres fragments contenant l'expression *tota stipulatio* contredit alors une interprétation répandue en doctrine, qui tend à identifier l'*editio stipulationis* avec la production du document probatoire<sup>12</sup>. A priori, rien ne justifie une telle identification, car les juristes distinguent en général la *stipulatio* de la *cautio*<sup>13</sup>.

Afin de développer les implications de ce constat, il convient d'esquisser le contexte dans lequel se situe l'*editio stipulationis*.

## II. – *Totam stipulationem edere* dans le contexte de l'*editio*

Le fragment étudié (D. 2,13,1,4, Ulp. 4 *ad ed.*) fait corps avec un développement plus général concernant l'*editio actionis* et *instrumentorum*.

valeur pécuniaire: D. 40,7,9,2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): "Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest. quae sententia mihi videtur vera". Staffhorst, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften* (*supra*, n. 5) ne traite malheureusement pas de ces textes.

<sup>11</sup> D. 45,2,2 (Iav. 3 *ex Plaut.*): "(...) tota solvitur obligatio (...)"; D. 46,4,13,4 (Ulp. 50 *ad Sab.*): "(...) totam obligationem (...)"; D. 12,7,3 (Iul. 8 *dig.*): "(...) ut tota stipulatio accepto fiat (...)"; D. 45,1,133 (Scaev. 13 *quaest.*): "(...) tota consumpta sit (...)"; D. 2,14,27,6 (Paul. 3 *ad ed.*): "(...) nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur (...)".

<sup>12</sup> V. p. ex. G. Pugliese, *Il processo romano privato*, II, 1, 1963, p. 362-364.

<sup>13</sup> Le document est souvent nommé "cautio" dans les sources, v. à titre d'exemple D. 12,1,40 (Paul. 3 *quaest.*) et les indications dans V. de Gautard, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine, classique et byzantine*, 1931, p. 19 et s. Ce terme n'est cependant pas sans ambiguïté, car *cautio* sert aussi à désigner la caution (p. ex. D. 46,3,5,3 (Ulp. 43 *ad Sab.*) et D. 50,1,11pr. (Pap. 2 *quaest.*) et à spécifier un groupe particulier de stipulations prétoriennes, les *stipulationes cautionales*. Sur cette terminologie quelque part confuse v. notamment D. 46,5,1pr.-4 (Ulp. 70 *ad ed.*): "Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes (...). 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. (...) 4. Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione". Par ailleurs, les stipulations prétoriennes ne sont pas visées par l'*editio stipulationis*, mais par l'*editio actionis*, v. D. 44,7,37pr. (Ulp. 4 *ad ed. praet.*): "Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur".



D. 2,13,1,3-4 (Ulp. 4 *ad ed.*)<sup>14</sup>:

3. Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere.

4. Edere non videtur qui stipulationem totam non edidit.

Ulpien traite de l'*editio stipulationis* après avoir exposé la réglementation plus générale de l'*editio instrumentorum*: "Tout ce que l'on va produire devant le juge est à présenter [lors de l'*editio*]; mais on n'est pas obligé de présenter les moyens de preuve que l'on ne va pas utiliser [devant le juge]". L'obligation de l'*editio* semble être étendue; elle couvre ainsi tout "le matériel du litige" qu'on souhaite invoquer devant le juge dans la deuxième phase du procès, *apud iudicem*. La doctrine a limité cette préparation du procès devant le prêteur à une soi-disante *editio instrumentorum*, c'est-à-dire à la présentation des preuves susceptibles d'être produites devant le juge<sup>15</sup>. Cela explique pourquoi on a voulu voir en la deuxième partie du troisième paragraphe (commençant par "*non tamen ...*") une simple répétition, même "maladroite", de la première<sup>16</sup>. Il faut au moins objecter que la deuxième phrase a une portée propre en mettant l'accent sur le pouvoir contraignant du prêteur. Plusieurs éléments permettent de mieux saisir la signification de cette deuxième phrase<sup>17</sup>.

Commençons par le terme *instrumenta*. Un texte de Paul (D. 22,4,1 Paul. 2 *sent.*) démontre clairement que la notion d'*instrumenta* couvre tous les moyens de preuve (*inartificiales*). Le fait que les fragments sur l'*editio* mettent l'accent sur les documents s'explique par la prépondérance des écrits dans cette phase du procès. Les documents produits *in iure* ne servent qu'à renseigner sur la preuve future, délivrée devant le juge et cela par tout moyen<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Sur ce texte v. l'analyse et les indications bibliographiques dans U. Babusiaux, *Id quod actum est, Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, 2006, p. 38-44.

<sup>15</sup> Elle est fondée sur O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I,2, Neudruck 1960, p. 230 n. 2 "*instrumentorum scil.*"; v. aussi. Pugliese, *Il processo privato romano* (*supra*, n. 12), p. 361-366; encore plus étroit M.A. v. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozeß*, II: *Formulae*, 1865, p. 213: "Um desselben Zweckes [sc. Kenntnissnahme des Beklagten] wird die Editio, wo die Formula zu dessen Erreichung nicht genügt, noch weiter ausgedehnt, nemlich auf den wörtlichen Inhalt der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde (*editio instrumentorum*), aus welchem der Kläger seinen Anspruch ableitet und im Judicium zu begründen gedenkt".

<sup>16</sup> O. Lenel, qui d'habitude est plutôt modéré, parle dans *Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl. 1927, p. 60 n. 4, d'un passage "insipide" ("abgeschmackt"). Dans le même sens L. De Sarlo, *La produzione dei documenti nel processo romano classico*, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e lettere* 1937, p. 172: "un lapalissiano chiarimento del già detto".

<sup>17</sup> Déjà les Basiliques semblent ne pas différencier entre *omnia* et *instrumenta*: Bas. 7.18.1: (...) πάντα, ὅσα ἂν τις μέλλη παρὰ τῷ δικαστῇ προκομίζειν, ἐκδίδωσιν, οὐ μὴν καὶ οἷς οὐ μέλλει κεχρησθαι [*Omnia, quae quis apud iudicem prolaturus est, edit: non tamen ea, quibus usurus non est*].

<sup>18</sup> Voir – pour plus de détails – Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 26 et s.

On remarquera que l'*editio* des *omnia* se distingue de cette *editio instrumentorum* à plusieurs égards. Premièrement, pris au pied de la lettre, "*edenda sunt omnia*" semble viser une obligation de présentation plus générale qu'une seule *editio instrumentorum*. On constatera également que les *omnia* sont à *edere apud iudicem* (*editurus est*), tandis que pour les *instrumenta* il s'agit d'une utilisation (*usus est*). Un autre élément d'interprétation est constitué par "*non ... compellatur*" : le prêteur refuse d'appliquer une contrainte dans la production des preuves<sup>19</sup>. La phrase "*non tamen ... edere*" semble alors désigner les limites du commandement prétorien "*edenda sunt omnia*". Le refus d'une contrainte envers celui qui produit des preuves semble impliquer qu'il choisira librement parmi les preuves à sa disposition. Dans cette optique, la phrase "*non tamen ... edere*" se lit aussi comme un avertissement adressé au défendeur. Ce dernier ne pourra demander au prêteur de contraindre le demandeur à une production exhaustive de toutes preuves de l'affaire en question. Si le défendeur souhaite qu'un moyen fasse objet des délibérations, ce sera à lui de fournir les preuves nécessaires<sup>20</sup>.

Si l'on admet cette interprétation, il reste à déterminer pourquoi l'*editio stipulationis* est mentionnée à côté de cette réglementation générale. Considérant que *tota stipulatio* désigne toujours l'acte verbal et non le document probatoire, l'exigence de "*totam stipulationem edere*" se lit comme une aggravation du devoir général d'*editio* : l'obligation de communiquer *tota stipulatio* du quatrième paragraphe impose en effet la communication du contenu complet de la stipulation en tant que moyen juridique. Ceci étant, le *stipulator* n'est plus libre de choisir les moyens de preuve qu'il souhaite produire, mais doit apporter toutes les preuves nécessaires à l'établissement de l'acte. Il n'a plus le choix des moyens de preuve, mais ces derniers sont imposés par le prêteur<sup>21</sup>.

Cette sévérité prétorienne face au *stipulator* s'explique par l'importance de toute la phrase et de tous les mots (*verba*) pour l'interprétation de la stipulation. Pour ne citer que les exemples des textes contenant la locution *tota stipulatio*, il convient de rappeler que la promesse "*decem dari spondes*" implique une obligation tout à fait différente selon son contexte. Si cette promesse est faite en faveur de "*Titio et mihi*", elle a un contenu différent de celle annexée à une autre promesse d'un bien ou d'une somme d'argent. Son contenu sera encore différent si cette promesse a la fonction d'une stipulation

<sup>19</sup> Sur le pouvoir de sanction du prêteur v. A. Gómez-Iglesias Casal, *Las sanciones pretorias en la fase inicial del proceso*, Revista de estudios historico-juridicos, 13 (1989-1990), p. 17-38

<sup>20</sup> Sur le rapport entre *actio ad exhibendum* et *editio* v. A. Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 25 n. 72 (testament) et 27 n. 75 (autres documents).

<sup>21</sup> D'un autre avis: A. Fernández Barreiro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, 1969, p. 90, qui affirme que "la regla establecida en este texto ha de entenderse referida, non sólo al documento de la stipulatio (cautio) sino con carácter general a cualquier clase de instrumentos probatorios de carácter documental".

pénale. En effet, elle sera subordonnée à la condition que l'exécution d'une autre obligation fasse défaut. L'importance des *verba* se retrouve dans l'obligation de l'*editio*. La seule production des *verba* contenant le noyau dur de l'obligation, par ex. "*decem dari spondes*", ne permet pas d'apprécier la validité ou le contenu de la stipulation conclue entre les parties<sup>22</sup>. L'obligation de "*totam stipulationem edere*" correspond alors aux particularités du droit matériel de la stipulation<sup>23</sup>.

Il est permis de se demander si les exigences de l'édit sur l'*editio stipulationis* se reflètent aussi dans la pratique documentaire. En effet, le dualisme théorique entre *cautio (instrumentum)* et *stipulatio (omnia)* n'empêche pas la *cautio* établie au moment de la conclusion du contrat d'être le moyen de preuve par excellence de la stipulation<sup>24</sup>.

### III. – Les indices de la pratique documentaire

La référence à la pratique documentaire pose des difficultés méthodologiques. Comment déterminer si le document en question était destiné à l'*editio*? Les indices sur les caractéristiques formelles des documents servant à l'*editio* sont rares<sup>25</sup>. Le commentaire d'Ulprien relatif à notre édit est encore une fois une source essentielle:

D. 2,13,1,2 (Ulp. 4 *ad ed.*)<sup>26</sup>:

Editiones sine die et consule fieri debent, ne quid excogitetur edito die et consule et praelato die fiat. diem autem et consulem excepit praetor, quo instrumentum conscriptum est, non in quem solutio concepta est: nam dies solutionis sicuti summa pars est stipulationis. (...)

<sup>22</sup> Pour d'autres exemples v. notamment R. Knütel, *Stipulatio et pacta*, in: D. Medicus / H.H. Seiler (ed.), *Festschrift Kaser zum 70. Geburtstag*, 1976, p. 201–228, et, du même auteur, *Sobre la interpretación de la estipulación*, in: J. Adam Goddard (ed.), *Derecho civil y romano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 195–235, version allemande: *Zur Auslegung der Stipulation (Vortrag Mexiko)*, à consulter sous: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20020905/pdf/1-58p.pdf> (14.5.2008) avec révision de certaines affirmations antérieures.

<sup>23</sup> Pour plus de détails v. Babusiaux, *Id quod actum est* (*supra*, n. 14), p. 38–44.

<sup>24</sup> Sur cette relation entre *cautio (instrumentum)* et *stipulatio*, v. d'une part S. Riccobono, *Stipulatio and Instrumentum*, in: S. Riccobono / J. Kerr Wylie, *Stipulation and the theory of contract*, 1957, p. 55–85, notamment 82 et s., qui tente d'identifier les interventions justiniennes; d'autre part V. de Gautard, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire* (*supra*, n. 13), p. 19 et s. (avec indication des sources essentielles).

<sup>25</sup> Voir aussi D. 2,13,11 (Mod. 3 *reg.*): "*Exempla instrumentorum etiam sine subscriptione edentis edi posse receptum est*".

<sup>26</sup> A propos de ce texte v. Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 25 et s. et note 72.

Ulpien souligne que la production des documents lors de la préparation du procès dans l'*editio* s'effectue sans indication de la date (*dies et consul*), afin d'éviter que la date de l'*editio* soit fictive<sup>27</sup> ou avancée par rapport à la vraie date<sup>28</sup>.

Cette règle est assez curieuse du fait que la date d'un document constitue normalement un élément essentiel dans la pratique documentaire<sup>29</sup>. Pour justifier cette exception, Ulpien relève le risque de falsification de la date. En outre, il précise que l'exception s'étend seulement à la date de l'établissement du document et non au terme d'échéance. Abstraction faite de la date, le document produit lors de l'*editio* sera alors identique au document établi lors de la conclusion du contrat. Il s'ensuit que tout document établi selon les règles de l'art doit à priori valoir pour l'*editio* lors de la préparation du procès.

Partant alors de l'idée que l'*editio stipulationis* ne requiert pas l'établissement d'un document probatoire supplémentaire, il suffit d'examiner les documents contenant des stipulations sous l'angle de l'édit *de edendo*<sup>30</sup>. Grâce à la richesse de leurs détails, trois documents semblent être particulièrement propices à un tel procédé. Il s'agit de TP Sulp. 22, TP Sulp. 27 et de la stipulation AE 2000, 344<sup>31</sup> trouvée à Misène.

#### a. – TP Sulp. 22 et TP Sulp. 27

Les archives des Sulpiciens ont permis de reconstituer plusieurs particularités du procès classique, qui n'apparaissent plus dans les sources justiniennes en raison des changements fondamentaux dans la pratique procédurale dans

<sup>27</sup> *excogitare* fait penser à la fraude, v. D. 16,1,29,1 (Paul. 16 *resp.*); D. 19,1,49*pr.* (Hermog. 2 *iur. epit.*); D. 48,10,14,2 (Paul. 22 *quaest.*); D. 49,14,40*pr.* (Paul. 20 *quaest.*); Vat. 13; Gai. 1.46. Le risque de falsification est évoqué par Ulpien par rapport aux testaments: D. 29,3,2,6 (Ulp. 50 *ad ed.*), sur ce texte v. Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 25 note 72.

<sup>28</sup> Contrairement à l'*editio actionis* qui est vraisemblablement fixée par l'établissement d'une preuve, l'*editio* des autres moyens du procès ne requiert donc pas de documentation particulière. Sur les implications du "*testes estote*" v. d'une part G. Jahr, *Litis contestatio*, 1960, p. 27–29, 53–55, 227, d'autre part J.G. Wolf, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozeß*, 1968, p. 26–28, 33s., tous les deux avec indications bibliographiques supplémentaires.

<sup>29</sup> V. notamment D. 20,1,34,1 (Scaev. 27 *dig.*): "Idem quaesiit, cum epistula talis emissa sit: Δανεισάμενος παρὰ σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτὴν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν, οἷδας γὰρ ἀκριβῶς, ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα καὶ οἱ δοῦλοι μου οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοί. καὶ ὥς εὐσχήμονι ἀνθρώπῳ ἐπίστευσας: an pignus contractum sit an vero ea epistula nullius momenti sit, cum sine die et consule sit. respondit, cum convenisse de pignoris videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi vel tabulae signatae non sint". Dans le même sens D. 48,10,28 (Mod. 4 *resp.*): "Si, a debitore praelato die, pignoris obligatio mentiat, falsi crimini locus est".

<sup>30</sup> Les documents discutés n'ont pas vocation à être exhaustifs.

<sup>31</sup> V. AE 2003, 279 = AE 2004, 423 = J.H. D'Arms, *Memory, money and status at Misenum: Three new inscriptions from the collegium of the Augustales*, JRS, 2000, p. 126–144.

l'époque postclassique<sup>32</sup>. Dès lors, la manière de citer la stipulation dans deux inscriptions des archives attire notre attention.

Le diptyque TP Sulp. 22 constitue la première inscription. Il s'agit d'une convention "*de iudice addicendo*" dans la forme d'un *chirographum*. Par ce dernier, Castricius Celer reconnaît qu'il a conclu avec Sulpicius Faustus maior un accord selon lequel Titinius Anthus maior jugera toutes les affaires (*rebus rationibus controversis actionibus petitionibus persecutionibus*) en litige entre Castricius Celer et Sulpicius Faustus. Castricius Celer témoigne aussi d'avoir promis par stipulation de payer 100.000 sesterces, si c'est par sa faute ou celle de son héritier que le juge choisi par les parties ne sera pas reconnu par le magistrat (*addicatur*) avant "*Idus Apriles primas*":

- Tab. I, pag. 2 – tab. II, pag. 3 (scriptura interior)  
 C(aio) Ce[stio] M(arco) Servilio Noniano co(n)s(ulibus)  
 [--- Feb]ruar (---).  
 A(ulus) C[astricius Celer] scripsi mi[h]i convenisse  
 [cum C(aio) Sulpicio] Fausto maiore de rebus  
 5 [rationib]us controversis actionibus  
 [petitionibus] persecutionibusque, quae  
 [sunt] inter me et eum quaeque  
 [inter eum et] A(ulum) Castricium [Is]ochry=  
 [sum ---] sunt fuerunt + + is  
 10 [---] q(ui) s(upra) s(criptus) est, inter  
 [me et C(aium) Sulpi]cium Faustum maior(em)  
 [A(ulum) Titinium Ant]hum m[a]ior(em) iu=  
 [dicem futurum es]s[e] ante idus April(es)  
 [primas si aut]em is A(ulus) Titinius  
 15 [Anthus maior, q(ui) s(upra) s(criptus) est] iudex  
 pag. 3  
 [addictus non er]it, quod per me  
 [heredemve meum] non fiat, q[uod]  
 [per me heredemve] meum d(olo) m(alo)

<sup>32</sup> Concernant les changements justiniens v. notamment D. Simon, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, 1969. Pour les archives des Sulpiciens v. (à titre d'exemple) les études de J.G. Wolf, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinna*, in: SDHI, 45 (1979), 141–177; du même auteur, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumenes und C. Sulpicius Faustus*, in: Studi Sanfilippo VI, 1985, p. 769–788; du même auteur, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die tabellae der Titinia Antracis und die Bürgschaft des Epichares*, in: IVRA, 49 (1998), p. 25–39; P. Gröschler, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, 1997, et E. Metzger, *Interrupting proceedings in iure: vadimonium and intertium*, in: Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 120 (1998), p. 215–225; du même auteur, *The current view of the extra-judicial vadimonium*, in: ZRG rom., 117 (2000), p. 133–178; sur le *vadimonium* v. aussi J. Platschek, *Vadimonium factum Numerio Negidio*, Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 137 (2001), p. 281–291.

- [non fiat q]uominus is A(ulus) Titinius  
 5 [Anthus maior, qui supr]a [scriptus] est  
 [iudex] addicatur tum se[ster]tia / [cen]tum millia nummum  
 [p(roba)] r(ecte) d(ari) stipulatus est C(aius)  
 [S]ulpicius Faustus 'maior' spopondi A(ulus)  
 Castricius Celer [(S)?]  
 Actum Puteolis.

L'écriture extérieure, qui n'est pas restée intacte, semble reprendre ce texte au moins quant à la stipulation pénale. Dans notre contexte, il convient de souligner la combinaison entre convention et stipulation. Avant d'indiquer le contenu de la stipulation, le promettant relate en effet les circonstances dans lesquelles la stipulation intervient et quelle convention elle est censée garantir. Ce schéma est bien connu des crédits réels (*mutua*) suivis d'une stipulation garantissant le retour et les intérêts du capital<sup>33</sup>. A ce stade, il est légitime de se demander pourquoi les parties accordent tant de soins à la rédaction des circonstances de la stipulation. Pourquoi ne se sont-elles pas contentées de conclure une stipulation pénale intégrant la condition (al. 14 – pag. 3, al. 6): "*Si autem is Aulus Titinius Anthus maior ... iudex addictus non erit, ...*", pourquoi ont-elles préféré relater tout leur litige? Comme ces informations ne sont nullement imposées par le régime légal de l'acte verbal, il est vraisemblable qu'elles soient issues des besoins de la pratique, permettant ainsi d'éviter toute confusion quant aux conditions de la stipulation.

Le deuxième document des archives des Sulpiciens, la *conventio finiendae controversiae* de TP Sulp. 27<sup>34</sup>, suscite les mêmes questions mais fournit aussi des éléments de réponse.

<sup>33</sup> Sur les différentes formes v. en dernier lieu P. Gröschler, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, TR, 74 (2006), p. 261–287, qui discute notamment des avantages présentés par la stipulation par rapport au contrat réel, p. 265: "Man muss sich daher fragen, worin der Vorteil des *mutuum cum stipulatione* gegenüber dem einfachen *mutuum* lag. Zunächst könnte man an die Verbesserung der Beweislage denken (...)" ; p. 266: "Kaser vermutet, dass der Anstoß zur Stipulierung von der Notwendigkeit ausgegangen sei, das Zinsversprechen in Stipulationsform zu kleiden. (...) Die Kombination von *mutuum* und *stipulatio* wäre demzufolge eine rein historisch zu erklärende Erscheinung (...). Sucht man nach einer anderen Erklärung, so könnte ein möglicher Grund für die zusätzliche Stipulation in der besonderen Wirkung der *stipulatio* zu sehen sein, die als abstraktes Schuldversprechen ausgestaltet werden konnte (...)" ; p. 267: "Einen entscheidenden Vorteil bot die abstrakte Stipulation gegenüber dem *mutuum* allerdings im Fall der Kapitalisierung von Zinsen, also dann, wenn die Zinsen – wie es wohl häufig vorkam – in das Darlehen eingerechnet wurden. An den Darlehensnehmer wurde dabei nicht die gesamte beurkundete Summe ausbezahlt, sondern nur der um die Zinsen verminderte effektive Darlehensbetrag. (...) Das *mutuum* wäre in diesem Fall nur in Höhe der tatsächlich ausbezahlten (...) Sesterzen wirksam, die *stipulatio* dagegen in voller Höhe".

<sup>34</sup> Sur ce document v. notamment Wolf, *Die Streitbeilegung* (*supra*, n. 32), p. 769–788.

- Tab. I, pag. 2 – tab. II, pag. 3 (scriptura interior)  
 [L(ucio)] Vitellio f(ilio) Messalla Vipstano Gallo co(n)s(ulibus)  
 pr(idie) Nonas Sept(embres)  
 L(ucius) Faenius Eumenes scripsi mihi convenisse  
 cum C(aio) Sulpicio Fausto finiendae controversi=  
 5 ae caussa, quae mihi cum eo est, qua de re ultro  
 citro cognitores a nobis dati sunt, me id vadimo=  
 nium, quod Sulpici cognitor cum cognitore meo  
 Romae haberet, [re]mittere et quod is C(aius) Sulpicius  
 Faustus eo nomi[ne, q(uo) d(e) a(gitur)] iudicatum solvi  
 satis dedit acceptam stipulationem ei facere  
 ideo  
 si Ti(berius) Iulius Spo[r]us [vadi]monium, quod ei cum L(ucio)  
 F[a]en[io] Thallo cognitore meo k(alendis) Novembr(ibus)  
 primis Romae in foro Aug(usto) ante statuam Cn(aei)  
 15 Senti Saturnini [t]riumphalem hora tertia  
 pag. 3  
 [HS] I (I)) mil(lia) numm[um est, [deseru]erit, ne=  
 [minem] ex ea caussa cum Ti(berio) Iulio Sporo aut  
 [c]um sp[on]sore eius acturum aut a quo eorum  
 [petituru]m exacturumque quid esset; si ad=  
 5 [versus] ea quid factum er[it], quanti ea res erit,  
 [t]antam [pecun]iam dari stipulatus est C(aius)  
 [Sulpicius Faustu]s, spepondi (vac.) L(ucius)  
 [Faenius Eume]nes;  
 qu[od]que C(aius) Sulpi]cius Faustus eo [n]omine quo de  
 a[gitur, iudi]catum solvi satis dedit, in=  
 terrogante eo, me [ei] acceptam stipu=  
 lationem fecisse.  
 Act(um) Putiollis.

Comme il ressort d'autres documents des archives des Sulpiciens, L. Faenius Eumenes et C. Sulpicius Faustus avaient déjà préparé un procès notamment en nommant chacun un *cognitor* et en stipulant des *vadimonia*<sup>35</sup>. Par l'acte cité, qui date du 4 septembre 48, les deux contractants ont décidé de mettre fin à leur litige. Les raisons de cette décision restent inconnues. Il est possible que les parties aient conclu un compromis (al. 3 et 4). Dans tous les cas de figure, ils ont dû régler le sort de leurs stipulations antérieures et notamment prévoir leur inefficacité afin d'éviter un nouveau conflit. Tel est le contenu du document TP Sulp. 27, dont nous devons une explication exhaustive à Joseph Georg Wolf. De toutes les mesures prévues par les parties il suffit de relever qu'Eumenes renonce au *vadimonium* que son *cognitor* a conclu avec Faustus ainsi qu'à la *cautio iudicatum solvi* promise par Faustus<sup>36</sup>. L'*acceptilatio* du *vadimonium* est impossible, vu qu'Eumenes n'était pas lui-même *stipulator*,

<sup>35</sup> Wolf, *Die Streitbeilegung*, p. 781 et s.

<sup>36</sup> Sur le fondement de cette caution v. Wolf, *Die Streitbeilegung*, p. 784.

mais que Faustus avait promis le *vadimonium* au *cognitor* d'Eumenes, un certain L. Faenius Thallus. La solution conforme aux principes du droit se trouve dans la clause suivante: "*neminem ex caussa cum Ti(berio) Iulio Sporo ... si adversus ea quid factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Caius Sulpicius Faustus ...*". Par cette stipulation, Eumenes promet à Faustus que "personne" ne portera une action contre Faustus sur le fondement de leur affaire et promet de lui donner satisfaction, si cette promesse n'est pas tenue<sup>37</sup>. Ce faisant, Eumenes assume le risque de toute action en justice du *cognitor* contre Faustus. En conséquence, Faustus pourra se tourner contre Eumenes pour demander l'indemnisation de son intérêt lésé.

La relation ainsi établie par le document TP Sulp. 27 entre l'affaire et la stipulation doit être mise en exergue. En effet, le protocole de l'acte verbal contenu dans TP Sulp. 27 se contente de rappeler brièvement les termes de la stipulation. En employant la formule "*ex ea caussa*" ce protocole renvoie en même temps au récit introductif relatant le litige entre les parties et son règlement transactionnel. C'est cette assimilation entre convention et stipulation, qui permet de définir les conditions de la mise en œuvre de la stipulation sans devoir reprendre tout ce qui a été dit dans l'acte verbal. Ces circonstances sont essentielles pour comprendre la stipulation. Sans connaître notamment l'existence d'un *cognitor* du côté d'Eumenes, ni le *vadimonium* stipulé en faveur de ce *cognitor* ou le compromis convenu entre Eumenes et Faustus, on ne saurait juger si les dommages-intérêts (*quanti ea res erit*) sont dus ou non. L'information sur le fondement factuel de l'acte verbal est contenue dans le même document que ce dernier, ce qui facilite son acceptation par les parties ainsi que son interprétation dans un procès à venir.

Cette interprétation des inscriptions issues des archives des Sulpiciens est confortée par un troisième document tout à fait extraordinaire, le legs de Cominius Abascantius au collège des Augustales à Misène, dont la publication critique par d'Arms date seulement de 2000.

#### b. – *La stipulation en faveur du collège des Augustales (AE 2000, 344)*

Seul importe pour notre analyse le fait que Cominius, qui avait été curateur des Augustales à perpétuité<sup>38</sup>, avait légué la somme de 10.000 sesterces dans son testament au collège des Augustales. Le legs était assorti de charges quant à l'emploi des intérêts, notamment en faveur de sa mémoire:

Augustales corp(orati) si heredi meo caverent hanc voluntatem meam  
ratam futuram

<sup>37</sup> Les raisons juridiques d'une telle promesse sont expliquées par Wolf, *Die Streitbeilegung*, p. 787 et s. avec indication des sources.

<sup>38</sup> Ainsi l'inscription, v. D'Arms, *Memory* (*supra*, n. 31), p. 130 et s.



neq(ue) in alios usus pecuniam i(nfra) s(criptam) erogatu-  
 ro transferu-  
 ro

15 et ex re-  
 ditu <s> pecuniae erogatu-  
 ro quod annis ut infra scriptum est:

...

--ita

28 dari volo Augustalibus corporatis HS X m(ilia) n(ummorum).

Afin d'assurer l'emploi des fonds conformément à son testament, Cominius avait soumis son legs à la condition d'une stipulation garantissant à son héritière, sa femme<sup>39</sup>, l'utilisation conforme à sa volonté des intérêts tirés de la somme donnée. Après le décès de son mari, l'héritière cherche à faire garantir cette promesse. C'est chose faite grâce à deux *curatores* nommés par la corporation des Augustales, un certain Plaetorius Fortunatus et un certain Aemilius Epagathio. L'inscription, qui est particulièrement loquace, relate toutes les circonstances de cette promesse de garantie:

Quod constabat Cominium Abascantum testamento institu-  
 isse heredem Nymphidiam Monimen, legasseque Augustalib(us)  
 corporatis Misenensium sestertia decem milia nummorum  
 sub ea condicione, si cavissent heredi eius summam se in  
 5 nullo alio usu erogatu-  
 ro, sed re-  
 ditus eius quod annis ita dis-  
 pensatu-  
 ro ut testamento cavisset, et desideraret utique Nymphidia  
 Monime dari sibi reos, quo nomine Augustalium corporatorum  
 ob eam rem q(uod) d(ictum) a(nte) caverent, et Plaetorius Fortunatus et  
 Aemilius  
 Epagathio curatores nominati ab eis stipulatione spondere  
 10 vellent, actum est ut caput ex testamento ad eas res pertinens  
 his tabulis subiceretur, quo notius esset spondentibus in quibus cau-  
 sis se obligarent, ac deinde stipulatio utilis interponeretur.

Cette présentation très détaillée de la préparation de la stipulation attire tout particulièrement notre attention. Il en ressort que les parties s'accordent pour rajouter le chapitre du testament relatif au legs en faveur des Augustales dans leur convention. La référence expresse à ce chapitre a pour objectif – comme le précise l'inscription – d'informer les garants sur la portée de leurs engagements et de permettre, par ailleurs, la conclusion d'une stipulation valable (*stipulatio utilis*). Les deux actes annoncés, la stipulation et le chapitre relatif au legs, sont par la suite effectivement intégrés dans l'inscription. C'est ainsi que se trouve reproduit dans un premier temps un extrait du testament précisant les conditions du legs, et notamment la répartition exacte entre les différents membres de la corporation (al. 13 et s.). Dans un deuxième temps, se trouve citée la question formulée par l'héritière en vue de faire tenir promesse

<sup>39</sup> V. D'Arms, *Memory* (*supra*, n. 31), p. 130 et s.

aux curateurs (al. 29 et s.). Le document clôt par la quittance établie par l'esclave des associés de Misène, attestant qu'il a reçu la somme de 10.000 sesterces.

La minutie des parties quant au contenu de la stipulation est remarquable à au moins deux points de vue. D'une part, l'intégration dans la stipulation du chapitre du testament relatif au legs démontre que la stipulation est censée compléter et non remplacer le legs<sup>40</sup>. D'autre part, la mise en avant du motif de l'intégration met en relief que cette référence est volontaire: selon le texte de l'inscription même, le testament est cité afin de permettre aux curateurs de mieux connaître les conditions de leur engagement ("*subiceretur, quo notius esset spondentibus in quibus causis se obligarent*"). Cette motivation montre que le document contenant la stipulation sert à renseigner le promettant du contenu de son obligation et cela dès la conclusion du contrat. L'information de l'adversaire se présente alors comme une obligation pesant sur le *stipulator* lors de la conception de l'acte verbal. Dans cette perspective, l'*editio*, qui sert à renseigner l'adversaire sur les moyens invoqués, n'est qu'une étape supplémentaire dans l'interaction contractuelle entre les parties. Si la conclusion du contrat verbal comprend un devoir d'information préalable pour le *stipulator*, il est logique d'imposer à ce dernier la communication de toutes les informations relatives à la stipulation en vue d'un procès (*totam stipulationem edere*). La pratique documentaire relative à la stipulation suggère alors que le devoir d'information pesant sur le *stipulator* est aussi bien pré-procédural que pré-contractuel.

Si ces déductions méritent considération, elles permettent aussi de mieux cerner la portée du commandement prétorien cité par Ulpien en D. 2,13,1,2 (Ulp. 4 *ad ed.*). L'obligation de produire les documents "*sine die et consulē*" convient parfaitement à la pratique documentaire examinée. Vu que le document établi lors de la conclusion du contrat a vocation à informer le promettant de son obligation, il paraît normal de s'y référer aussi lors de l'*editio*.

<sup>40</sup> La novation n'est pas automatique. La combinaison de stipulation et de pacte se trouve aussi dans les écrits des juristes, v. notamment D. 2,14,10,1 (Ulp. 4 *ad ed.*): "Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre"; D. 2,14,7,12 (Ulp. 4 *ad ed.*): "Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri 'rogavit Titius, spondit Maevius', haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium". Sur le problème analogue des *mutua cum stipulatione* v. Gröschler, *Die Konzeption* (*supra*, n. 33), p. 269-278. Un texte célèbre concernant un contrat de société qui est complété par une stipulation englobant ce même contrat est D. 17,2,71pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*).

#### IV. – Conclusions et perspectives

Avant d'aborder la sanction de "*edere non videtur*", il est nécessaire d'établir un bilan quant aux exigences de l'*editio stipulationis* sous-entendues par Ulpien dans son commentaire de l'édit, D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 *ad ed.*).

##### a. – Les exigences relatives à l'*editio de la stipulation*

1. – L'exigence de communiquer *tota stipulatio* rejoint la pratique constatée dans les écrits des juristes qui est de tenir compte dans leur interprétation de l'acte verbal dans sa totalité. Une interprétation au plus près de la réalité au moment de l'instance suppose dès lors la connaissance et ainsi la communication de toute la stipulation, c'est-à-dire de toutes les clauses comprises ainsi que des modalités apportées à l'obligation verbale.

2. – Le commandement de "*totam stipulationem edere*" reprend et renforce les exigences formulées dans l'édit sur l'*editio* en général: pour se servir d'une stipulation dans le procès, il ne suffit pas de communiquer les moyens de preuve (*instrumenta*) qu'on souhaite utiliser. L'acte juridique de la stipulation doit être communiqué dans sa totalité, ce qui implique que le *stipulator* soit obligé de produire toutes les preuves nécessaires à l'établissement de l'acte verbal.

3. – Ces exigences de l'édit *de edendo* en matière de stipulations coïncident avec une pratique documentaire qui intègre les circonstances et les actes juridiques à la base de la stipulation dans le document attestant l'acte verbal. Il est dès lors probable que ces documents établis au moment de la conclusion du contrat servent à l'*editio* et sont même établis en sa perspective.

Vus ces résultats, il est permis de s'interroger à nouveau sur la signification de la sanction d'une production incomplète de la stipulation.

##### b. – Des éléments nouveaux pour l'interprétation de la sanction "*edere non videtur*"

La compréhension de la sanction "*edere non videtur*" est compromise par le défaut d'information existant quant aux conséquences d'une *editio* manquée, car le "*non videtur*" apparente l'*editio* incomplète à l'omission de l'*editio*.

Il est probable, comme déjà évoqué par Lenel, que la défaillance dans l'*editio instrumentorum* conduit à la *denegatio actionis*<sup>41</sup>. Sans présentation préalable

<sup>41</sup> O. Lenel, *Die Form der Litiscontestation im Formularprozess*, ZRG rom., 15 (1894), p. 389 et s.: "Einwendungen des Beklagten gegen den vom Kläger beantragten Wortlaut, Vorbringung von Exceptionen und was sich daran anknüpft, eigene Bedenken des Prätors können bewirken, dass dieser dem Kläger, bei Vermeiden der *denegatio actionis*, anheimgibt, seinen Antrag zu ändern". Dans le même sens M. Lemosse, *Editio actionis et procédure formulaire*, Labeo, 21 (1975), p. 49. Une exception est supposée par Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozeß* (*supra*, n. 15), p. 213 et s. n. 11 sur le fondement de C. 2,1,8,1 (Alex. 225), qui concerne

des moyens de preuve, le demandeur a en effet omis de fonder son action, qui sera alors refusée par le préteur. Etant donné qu'Ulpie assimile l'*editio* incomplète de la stipulation à l'absence totale de la communication des pièces, il est vraisemblable que l'*editio stipulationis* incomplète soit également sanctionnée par la *denegatio actionis*. Cette hypothèse est confortée par les textes qui montrent que le préteur refusait l'action lorsque la *postulatio actionis* était fondée sur une stipulation promise à des fins illicites<sup>42</sup>. Les juristes justifient cette *denegatio actionis* par la *iurisdictio* du préteur qui lui permet de vérifier la cause de l'action stipulatoire. De manière analogue, le pouvoir juridictionnel du préteur devrait fonder le refus d'ouvrir le procès lorsque la stipulation n'a pas été communiquée correctement. En effet, dans cette dernière hypothèse, la base juridique de l'action est non seulement illicite, mais fait tout simplement défaut<sup>43</sup>. La solution proposée par Alfons Bürge ne se limite pas à la phase *in iure*<sup>44</sup>. Cet auteur considère que l'*editio* manquée devait aussi avoir des conséquences *apud iudicem*, car celui qui n'a pas présenté les moyens *in iure* ne pouvait pas s'en prévaloir devant le juge<sup>45</sup>. L'affirmation d'Ulpie "*Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est*" impliquerait alors un avertissement sur les effets préjudiciables liés à l'absence d'*editio* pour le demandeur lors de l'instance.

Le matériel épigraphique examiné en amont fournit un élément supplémentaire à la recherche de la sanction de l'*editio*, sans toutefois trancher définitivement entre les deux hypothèses de la doctrine. La stipulation AE 2000, 344 explique en effet que les *curatores* doivent être informés du contenu du testament "*ac deinde stipulatio utilis interponeretur*". *Deinde* indiquant non seulement une suite sur le plan temporel mais aussi sur le plan logique<sup>46</sup>, tout porte à croire que l'information complète et préalable des promettants constitue une condition nécessaire à l'acte verbal. En comparant cette condition aux causes de nullité de la stipulation, il faut en conclure que ce devoir d'information

cependant l'*editio rationum*. L'hypothèse d'une action pénale a été réfutée par Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 35-41.

<sup>42</sup> D. 45,1,27pr. (Pomp. 22 ad Sab.): "Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari"; D. 45,1,97,2 (Cels. 26 dig.): "Si tibi nupsero, decem dari spondes?" causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est".

<sup>43</sup> Sur le pouvoir juridictionnel du préteur en la matière v. A. Metro, *La 'denegatio actionis'*, 1972, p. 95-97 et R. Astolfi, *Esegesi e traduzione di D. 45,1,97,2*, ZRG rom., 111 (1994), p. 444-448.

<sup>44</sup> Il est à noter que De Sarlo, *La produzione* (*supra*, n. 16), p. 183 et s., arrive à une conclusion analogue pour la *cognitio extra ordinem*: "Sembra lecito conchiuderne che in questa forma di procedimento la mancata esibizione dei documenti doveva valere come rifiuto di fornire la prova dei fatti affermati".

<sup>45</sup> Bürge, *Zum Edikt de edendo* (*supra*, n. 3), p. 35-41.

<sup>46</sup> Th.L.L. s.v. *deinde*, 409, l. 28ff. notamment l. 57 et s. Ainsi déjà O. Gradenwitz, *Zum Wörterbuch der klassischen Rechtswissenschaft*, ZRG rom., 8 (1887), p. 290 et s. avec l'indication de nombreux textes.

tend à garantir la concordance entre la question “*spondes?*” et la réponse “*spondeo*”<sup>47</sup>. Afin d’éviter tout malentendu qui mettrait en péril la validité de l’acte, la veuve de Cominius en tant que *stipulator* a souhaité informer les promettants de la signification exacte de la question formulée. Cette précaution rappelle une autre spécificité bien connue de la stipulation: la maxime de l’*ambiguitas contra stipulatorem*. La ressemblance entre le devoir d’information et cette maxime ressort clairement de la justification de celle-ci proposée par Celse:

D. 45,1,99pr. (Cels. 38 *dig.*)<sup>48</sup>:

Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum.

Selon le juriste, l’interprétation en faveur du promettant trouve sa justification dans le fait que le *stipulator* aurait eu la possibilité de mieux formuler la stipulation. En effet, l’idée de “*late concipere*” englobe à la fois l’idée d’une conception plus précise et plus vaste<sup>49</sup>, ce que les exemples de la maxime contenus dans le Digeste confirment<sup>50</sup>. La maxime exprime alors une idée déjà rencontrée pendant l’examen de l’*editio stipulationis*: il incombe au *stipulator* d’informer son adversaire du contenu exact de la stipulation. L’information fournie au moment de la conclusion du contrat et passée par écrit dans la *cautio* servira par ailleurs de base à l’information de l’adversaire lors de l’*editio* en vue d’un procès. Le devoir de communiquer tout le contenu de la stipulation avant l’instance correspond à la consigne de concevoir la stipulation de manière complète lors de la conclusion du contrat. Cette interprétation est corroborée par le caractère déterminant de la stipulation pour l’action<sup>51</sup>, car l’acte verbal contient déjà tout le programme procédural

<sup>47</sup> V. notamment Gai. III,102: “Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia x a te dari stipuler, et tu nummum sestertia v milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas”. Sur ce texte v. H.W. Nelson / U. Manthe, *Gai Institutiones* III 88–181, 1999, p. 132–134.

<sup>48</sup> A propos de ce texte v. Chr. Krampe, *Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, ZRG rom., 100 (1983), p. 185–228, 201 et note 64, ainsi que du même auteur, *Die Celsinische Auslegungsregel ‘ambiguitas contra stipulatorem est’*, in: I. Piro (ed.), *Règle et pratique du droit*, [Atti della 51a sessione della SIHDA 1997], 1999, p. 389–396, à la page 391 et s. (indications supplémentaires p. 390 n. 4).

<sup>49</sup> V. Krampe, *Die Celsinische Auslegungsregel* (*supra*, n. 48), p. 392 qui défend à juste titre la présence de la maxime dans le texte.

<sup>50</sup> V. p. ex. D. 34,5,21pr. (Paul. 14 *ad Plaut.*); D. 45,1,38,19 (Ulp. 49 *ad Sab.*); D. 46,3,29 (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 46,2,26 (Cels. 3 *dig.*); D. 39,2,18,5 (Paul. 48 *ad ed.*).

<sup>51</sup> V. les indications dans Jahr, *Litis contestatio* (*supra*, n. 28), p. 126–132 et M. Marrone, *Due interessanti testi di Pomponio: A proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in: J.-F. Gerkens / R. Vigneron / H. Peter / P. Trenk-Hinterberger (ed.), *Mélanges F. Sturm I*, 1990, p. 365–380 et du même auteur, *Res in iudicium deducta – Res iudicata*, BIDR, 98/99 (1995/96), p. 63–81.

et définit la formule de l'action à choisir<sup>52</sup>. La stipulation doit alors être “complète” du point de vue de l'action à venir. Cette exigence se traduit à la fois par le conseil de Celse de “concevoir large” la stipulation et par l'obligation de l'*editio* de la stipulation toute entière. En effet, dans une perspective procédurale, une stipulation communiquée de manière incomplète s'apparente à une stipulation ambiguë<sup>53</sup>, car, dans les deux cas de figures, l'on ne saurait en effet déterminer le contenu exact et précis de l'action.

Face à ce fondement commun de l'*editio* et de la conception des *verba*, il paraît possible de se servir de la maxime *ambiguitas contra stipulatorem* afin d'éclairer les conséquences d'une *editio* manquée. Rappelons que les effets de l'*ambiguitas contra stipulatorem* se situent à deux niveaux. D'une part, la stipulation sera interprétée de manière défavorable à l'encontre du *stipulator*. D'autre part, il incombera au *stipulator* d'apporter la preuve d'une commune intention des parties autre que celle exprimée dans la stipulation ambiguë, à défaut de quoi, il succombera à l'instance pour manque de base légale<sup>54</sup>. En transférant ces observations sur le plan de l'*editio stipulationis*, il est permis de penser que la sanction *edere non videtur*, comme l'*ambiguitas contra stipulatorem*, ne se limite pas à un seul moment du procès. Partant du constat que le *stipulator*, qui ne communique pas la stipulation dans son intégralité (“*totam stipulationem non edidit*”), se trouve dans l'impossibilité de réaliser son droit d'action, il paraît en effet évident que le caractère incomplet de la production de l'acte verbal peut s'avérer tant *in iure* qu'*apud iudicem*. Vue l'importance pratique et juridique du devoir d'information, la découverte d'un manquement à ce devoir devrait avoir des conséquences à tout moment et non seulement lors de la préparation de l'instance devant le prêteur. Nous pensons donc que le juge aussi bien que le prêteur étaient en mesure de sanctionner l'*editio stipulationis* incomplète et d'adapter leurs sanctions en fonction de la situation procédurale. Le caractère général de la mise en garde prétorienne “*edere non videtur*” reflète cette souplesse de réaction à l'encontre d'un *stipulator* qui a enfreint son devoir d'information. A cet égard, le caractère apparemment indéterminé de l'édit sur l'*editio stipulationis* cadre au mieux avec sa fonction juridique.

<sup>52</sup> V. les règles de la *pluris petitio* mentionnées notamment par Gaius, Gai. 4, 53–53d: “(...) Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet”. Sur ce texte v. G. Sacconi, *La pluris petitio nel processo formulare, Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, 1977, p. 30–141 et G. Provera, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, II, 1987, p. 170–187, 195–203.

<sup>53</sup> Pugliese, *Il processo civile romano* (*supra*, n. 12), p. 362–366, qui pensait que l'*editio instrumentorum* “era invece un'integrazione dell'*editio actionis*: in primo luogo poteva completare quel che dalla formula edita non appariva, sia che questa formula fosse astratta, sia forse anche che l'attore si fosse limitato a ‘*producere adversarium suum ad album*’ e a mostrargli lo schema di formula, con cui avrebbe voluto agire (...); in secondo luogo (...) poteva servire a mostrare al convenuto quali erano esattamente l'entità e la forza della pretesa attrice”.

<sup>54</sup> Pour plus de détails v. Babusiaux, *Id quod actum est* (*supra*, n. 14), p. 90–104.